

Sygn. akt V ACa 1556/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 grudnia 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie V Wydział Cywilny w składzie następującym:

Przewodniczący: SSA Alicja Fronczyk (spr.)

Sędziowie: SA Przemysław Kurzawa

SA Aleksandra Kempczyńska

Protokolant: sekretarz sądowy Izabela Katryńska

po rozpoznaniu w dniu 18 grudnia 2018 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa (...) spółki akcyjnej z siedzibą w K.

przeciwko Skarbowi Państwa – Komendantowi (...) Bazy Logistycznej z siedzibą w W.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie

z dnia 21 lipca 2017 r., sygn. akt II C 275/16

I. **oddala apelację;**

II. **zasądza od Skarbu Państwa - Komendanta (...) Bazy Logistycznej z siedzibą w W. na rzecz Przedsiębiorstwa (...) spółki akcyjnej z siedzibą w K. kwotę 8.100 zł (osiem tysięcy sto złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym.**

Aleksandra Kempczyńska Alicja Fronczyk Przemysław Kurzawa

Sygn. akt V ACa 1556/17

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 15 lutego 2016 roku powód Przedsiębiorstwo (...) S.A. z siedzibą w K. wniósł o orzeczenie nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym, aby pozwany Skarb Państwa – Dowódca Jednostki Wojskowej nr (...) zapłacił powodowi kwotę 320.000 zł wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 17 października 2015 roku do dnia zapłaty oraz o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania.

W odpowiedzi na pozew z dnia 19 września 2016 roku, pozwany – Skarb Państwa – Komendant (...) Bazy Logistycznej (dawniej Dowódca Jednostki Wojskowej nr (...)) wniósł o oddalenie powództwa oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania.

Precyzując swoje stanowisko na rozprawie przeprowadzonej w dniu 19 maja 2017 roku pełnomocnik powoda wniósł o zasądzenie kwoty 320 000 złotych wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 17 października 2015 roku do dnia 31

grudnia 2015 roku, z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 1 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty. Pełnomocnik pozwanego wniósł o oddalenie powództwa w całości.

Wyrokiem z dnia 21 lipca 2017 r. Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w punkcie pierwszym zasądził od pozwanego Skarbu Państwa-Komendanta (...) Bazy Logistycznej w W. na rzecz powoda Przedsiębiorstwa (...) spółka akcyjna z siedzibą w K. kwotę 320.000 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 6.11.2015r. do dnia 31.12.2015r., a od dnia 01.01.2016r. do dnia zapłaty z odsetkami w wysokości ustawowej za opóźnienie; w punkcie drugim w pozostałym zakresie powództwo oddalił; w punkcie trzecim zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 30 417 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Swoje rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy oparł o następujące ustalenia oraz ich ocenę prawną.

Pozwany prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania (ubrania ochronne) z podziałem na cztery części (zadania), na podstawie ogłoszenia o zamówieniu numer (...) z dnia 15 lipca 2015 roku, opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w trybie przetargu ograniczonego przyspieszonego.

Zamówienie miało zostać wykonane zgodnie z Wojskową Dokumentacją Techniczno-Technologiczną (...)MON (dalej: „WDTT”), a szczegółowa charakterystyka przedmiotu zamówienia miała zostać zawarta w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Pozwany wymagał również, aby zamówienie zostało wykonane od dnia zawarcia umowy w terminie wynikającym z oferty najkorzystniejszej, jednak nie później niż do 30 listopada 2015 roku.

Czas potrzebny na wykonanie zamówienia stanowił jedno z kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający (pozwany) wymagał w ogłoszeniu, przed podpisaniem umowy, od wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, aby ten dostarczył zamawiającemu aktualne zaświadczenie - z datą wystawienia późniejszą od zatwierdzenia WDTT przez Komendanta Wojskowego Ośrodka (...) w Ł. (dalej „(...)”), potwierdzające, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada określonym przez zamawiającego specyfikacjom technicznym. Zaświadczenie to miało stanowić załącznik do umowy. W przypadku jego niedostarczenia, zgodnie ze specyfikacją, zamawiający miał uznać, iż wykonawca odstąpił od podpisania umowy.

Powód złożył ofertę w zakresie zadania nr (...) – ubranie ochronne (kurtka z ocieplaczem, spodnie) w ilości 13 000 kompletów, w terminie 75 dni od dnia zawarcia umowy (jednak nie później niż do 30 listopada 2015 roku), za cenę 17 093 310 zł brutto. Wadium w wysokości 320 000 zł zostało wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej w dniu 28 sierpnia 2015 roku.

W dniu 31 sierpnia 2015 roku pozwany dokonał otwarcia ofert. Najkorzystniejszą ofertą zgłoszoną w przetargu okazała się oferta powoda, której cena jednakże przekraczała maksymalną kwotę, jaką zamawiający przewidział do przeznaczenia na sfinansowanie zamówienia. Pozwany otrzymał informację o dofinansowaniu zamówienia publicznego do kwoty zaoferowanej przez powoda.

Pismem z dnia 9 września 2015 roku pozwany poinformował powódkę o wyborze jej oferty w zakresie zadania nr (...), jako oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 28 września 2015 roku pozwany zaprosił powoda do zawarcia umowy w dniu 2 października 2015 roku.

W piśmie z dnia 1 października 2015 roku powód w odpowiedzi na zaproszenie do zawarcia umowy wskazał, iż nie jest w stanie podjąć się realizacji zamówienia z uwagi na zwłokę pozwanego w zaproszeniu do podpisania umowy, która uniemożliwia realizację zadania w deklarowanym terminie. Jednocześnie powód zażądał zwrotu wadium złożonego w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

W piśmie z dnia 5 października 2015 roku pozwany poinformował uczestników postępowania przetargowego, iż powód odmówił podpisania umowy, w efekcie czego pozwany dokonał ponownego wyboru oferty nr (...) złożonej przez konsorcjum firm: (...) S.A., Grupa (...) spółka z o.o.” sp.k, (...) sp. z o.o.

Pismem z dnia 12 października 2015 roku pozwany powiadomił powódkę o zatrzymaniu wadium w wysokości 320 000 zł, z powodu odmowy podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 1 i 3 ustawy prawo zamówień publicznych.

Pismem z dnia 16 października 2015 roku powód wezwał pozwanego do zwrotu wadium.

W dniu 23 października 2015 roku pozwany w swoim piśmie poinformował, że unieważnia przedmiotowe postępowanie na dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w zakresie zadania nr (...).

Pismem z dnia 26 października 2015 roku powód ponownie wezwał pozwanego do zwrotu wadium.

Pismem z dnia 10 listopada 2015 roku pozwany wskazał, że z uwagi na odmowę podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie zgodnie ze specyfikacją zamówienia, na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 1 i 3 ustawy prawo zamówień publicznych, kwota wadium złożona przez powoda, przekazana została na dochody budżetowe Skarbu Państwa.

Powód w dniu 10 listopada 2015 r. przelał na rachunek gwaranta - (...) S.A w W. kwotę 320000 zł w ramach regresu zgłoszonego przez gwaranta.

Tak ustalony stan faktyczny sąd pierwszej instancji uznał za bezsporny i wynikający dowodów z dokumentów prywatnych i urzędowych oraz zeznań stron. Sąd wskazał, że strony nie kwestionowały dokumentów co do ich autentyczności czy wiarygodności, a zdaniem Sądu nie budziły one wątpliwości.

W ustalonym stanie faktycznym sąd pierwszej instancji uznał że, powództwo w przeważającej części zasługuje na uwzględnienie.

Dokonując analizy sprawy sąd pierwszej instancji podzielił stanowisko Sądu Okręgowego w Krakowie wyrażone w wyroku z dnia 20 stycznia 2017 roku (sygn. akt I C 1744/16), zgodnie z którym „przesłanki dotyczące prawa zatrzymania wadium należy interpretować ścieśniająco (...) Wynika to z faktu, że do zatrzymania wadium dochodzi w sytuacji, gdy z jakichś przyczyn nie dojdzie do zawarcia umowy. Przystępujący musi wiedzieć jakie grożą mu sankcje, jeżeli nie dojdzie do zawarcia umowy. Musi wiedzieć, kiedy może stracić wadium. To jest bowiem podstawą do podejmowanych przez niego decyzji”. Przepisy o zwrocie wadium mają zastosowanie jako zasada ogólna zawsze wtedy, kiedy nie zaistnieje wskazana wprost w ustawie przesłanka do jego zatrzymania.

Wykluczenie z przetargu z przyczyn natury formalnej mieści się w uprawnieniach zamawiającego i wynikać może z różnych przyczyn, o tyle zwrot wadium jest jego obowiązkiem, więc zamawiający winien dokonać wnikliwej oceny, czy ziściła się przesłanka wyłączająca ten obowiązek. W tym aspekcie sąd pierwszej instancji podzielił stanowisko Sądu Apelacyjnego w Białymstoku wyrażone w wyroku z 18 czerwca 2014 roku (sygn. akt I ACa 275/14).

Sąd pierwszej instancji wskazał, że pozwany, jako przyczyny zatrzymania wadium wraz z odsetkami uznał art. 46 ust. 5 pkt 1 oraz 3 ustawy prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 t.j. z dnia 22 grudnia 2015 roku) (dalej „p.z.p.”).

Zgodnie z art. 46 ust. 5 pkt 1 p.z.p. zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie. Odnosząc się do przesłanki zatrzymania wadium wraz z odsetkami sąd pierwszej instancji stwierdził, że zaproszenie powódki na podpisanie umowy w dniu 2 października 2015 roku, czyniąc niemożliwym dochowanie terminu 75 dni na wykonanie zamówienia, nie spełnia powyższej przesłanki.

Sąd pierwszej instancji zaznaczył, iż zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji, termin wykonania zamówienia stanowił jeden z kluczowych (obok ceny) warunków wyboru oferty, decydujący o jej atrakcyjności

z perspektywy zamawiającego. Warunkiem było, aby zamówienie zostało wykonane od dnia zawarcia umowy, w terminie wynikającym z oferty najkorzystniejszej, jednak nie później niż do 30 listopada 2015 roku. W ocenie sądu pierwszej instancji terminy te należy rozpatrywać łącznie, nie zaś w oderwaniu jeden od drugiego, jak twierdzi pozwany.

Powód zobowiązany był do określenia terminu potrzebnego na wykonanie zamówienia w składanej przez siebie ofercie. Należało więc uznać, że zachowanie tego terminu wiązać musi zarówno wykonawcę w zakresie, w jakim ogranicza to jego czas na dostarczenie zamówienia, z drugiej zaś zamawiającego w zakresie, jakim termin ten określa faktyczny czas niezbędny dla wykonania przedmiotu zamówienia.

Jako istotne zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego należy traktować takie, o których wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie, czy też na wynik postępowania (por. wyrok NSA w Warszawie z dnia 13 marca 2014 roku, sygn. akt II GSK 12/13). Jako taką istotną zmianę traktować należy skrócenie terminu realizacji zamówienia. Nie można bowiem wykluczyć, że powód wiedząc o krótszym terminie na wykonanie zamówienia nie zdecydowałby się uczestniczyć w postępowaniu.

Według sądu pierwszej instancji istotną w sprawie pozostawała okoliczność, iż wartość wybranej przez pozwanego oferty złożonej przez powoda przekroczyła zakładany przez zamawiającego budżet. Efektem tego była konieczność zwrócenia się przez pozwanego do jednostki nadrzędnej celem uzyskania dodatkowego finansowania. Okoliczność ta niewątpliwie nie została spowodowana przez powoda, który złożył swoją ofertę mając uzasadnione, w ocenie Sądu, oczekiwanie, że zostanie mu zapewniona możliwość realizacji niniejszego zamówienia w zadeklarowanym przez niego terminie. Wymaga podkreślenia, iż zawarcie umowy na warunkach określonych w ofercie stało się niemożliwe w dniu, w którym nie mogłoby zostać zachowany termin 75 dni.

Sąd Okręgowy nie podziela stanowiska pozwanego, zgodnie z którym powód będąc związany ofertą przez 90 dni oraz akceptując fakt, iż umowa miała zostać podpisana w terminie wskazanym przez zamawiającego (pозwanego), nie może powoływać się na brak wystarczającej ilości czasu na wykonanie zamówienia. W ocenie Sądu, to zamawiający (pозwany) jako podmiot organizujący postępowanie powinien przewidzieć jego wydłużenie z powodu braku środków finansowych. Ponadto pozwany wskazując kryterium minimalnego czasu potrzebnego na wykonanie zamówienia i czyniąc z tego decydujący czynnik o wyborze oferty najkorzystniejszej, zobowiązał się do respektowania go.

Zgodnie z art. 46 ust. 5 pkt 3 p.z.p. zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Sąd pierwszej instancji uznał, że również z tej przyczyny zatrzymanie wadium w rozpoznawanej sprawie nie powinno nastąpić. Zawarcie umowy (na warunkach z oferty) stało się w istocie niemożliwe, co wynika z faktu, iż termin przewidziany dla powoda na wykonanie zamówienia przekroczył maksymalny termin jego wykonania przewidziany w ofercie. Zawarcie przez powoda umowy niejako automatycznie implikowałoby jej niewykonanie lub nienależyte wykonanie, pociągając za sobą ujemne konsekwencje finansowe w postaci kar umownych. Zawarcie umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Wprawdzie przepisy p.z.p wprost nie nakazują zwrotu wadium w przypadku jeżeli nie dojdzie do zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, ale art. 46 ust. 1 p.z.p należy interpretować w ten sposób, że zamawiający ma obowiązek jego zwrotu w każdej sytuacji w której brak podstaw do zatrzymania wadium.

Podkreślić należy, iż pozwany, jako podmiot dokonujący zamówienia (zwłaszcza w trybie przetargu w trybie ograniczonym, przyspieszonym) powinien zdawać sobie sprawę z przewidywanej wartości zamówienia. Tym bardziej, iż wielokrotnie organizował tego rodzaju przetargi. Powód składając ofertę zobowiązał się do wykonania przedmiotu zamówienia w przypadku wyboru jego jako oferty najkorzystniejszej i jednocześnie był związany swoją ofertą przez okres 90 dni. W ocenie sądu pierwszej instancji, kluczowym pozostaje określenie granic oferty złożonej przez powoda, w której, zgodnie z jej literalnym brzmieniem, czas na realizację zamówienia wynosi 75 dni. Po stronie zamawiającego

leży zbyt późne wyznaczenie terminu na podpisanie umowy, spowodowane koniecznością zagwarantowania środków finansowych na wskazane zamówienie.

Za bezzasadny uznał sąd pierwszej instancji zarzut pozwanego, iż rzeczywistą przyczyną odmowy podpisania umowy był brak zaświadczenia Komendanta (...) potwierdzającego, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada określonym przez zamawiającego specyfikacjom technicznym. Zgodnie ze specyfikacją zamówienia, zamawiający wymaga takiego zaświadczenia przed podpisaniem umowy. Wykonawca nie jest zatem zobowiązany do przedstawienia takiego zaświadczenia na etapie postępowania przetargowego, a dopiero na etapie podpisywania umowy, do której zaświadczenie stanowić ma załącznik.

Zdaniem sądu pierwszej instancji zawarcie umowy na warunkach określonych w ofercie stało się niemożliwe w dniu, w którym nie mógłby zostać zachowany termin 75 dni. Przedłużenie się postępowania przetargowego spowodowane było złym oszacowaniem przez pozwanego kwoty, którą będzie musiał przeznaczyć na jego sfinansowanie, a w konsekwencji koniecznością zagwarantowania dodatkowych środków.

Powinność określonego zachowania się po stronie zobowiązanego może wynikać nie tylko z umowy lecz także z przepisu ustawy. Na gruncie ustawy p.z.p takim przepisem jest art. 46 ust.1, który na zamawiającego nakłada obowiązek zwrotu wadium. Zawarte w ust. 4 tego artykułu uprawnienie zamawiającego jest wyjątkiem, co oznacza, że brak przesłanki stąd wynikającej aktualizuje ogólną regułę określoną w ustępie 1.

W ocenie Sądu Okręgowego, niezależną i samodzielną podstawą prawną roszczenia powoda o zwrot wadium stanowi art. 46 ust. 1 p.z.p. i nie zachodzą podstawy do zastosowania przepisów kodeksu cywilnego w tym aspekcie. Istotnie, zgodnie z art. 14 p.z.p. do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Oznacza to, że przepisy ustawy p.z.p. stanowią *lex specialis* w stosunku do ogólnych norm kodeksu cywilnego. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 22 kwietnia 2010 roku (sygn. akt V CSK 321/09) przez czynności te należy rozumieć wszelkie czynności faktyczne i prawne podejmowane przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym dotyczące wniesienia oraz zwrotu wadium. Jednakże w sytuacji, gdy zwrot wadium został szczegółowo uregulowany w art. 46 ust. 1 p.z.p., wyłączona jest możliwość zastosowania przepisów ogólnych kodeksu cywilnego.

Zgodnie z art. 46 ust 1 ustawy p.z.p zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a.

Zatrzymanie wadium w niniejszej sprawie nie było zatem uzasadnione. Możliwość zastosowania wskazanej sankcji powstaje bowiem w razie zaistnienia sytuacji z art. 46 ust. 4a p.z.p. Zgodnie z literalnym brzmieniem tego przepisu, zamawiający zatrzymuje wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie złoży dokumentów wymienionych w art. 25 p.z.p. (tj. potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu przetargowym).

Według sądu pierwszej instancji w sprawie taka sytuacja nie miała miejsca, bowiem to z przyczyn leżących po stronie pozwanej, umowa nie mogła zostać zawarta w sposób umożliwiający prawidłowe i terminowe wykonanie zamówienia, o czym była mowa we wcześniejszych wywodach. Zaznaczyć należy, iż ostatecznie postępowanie na dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania o nr (...) w zakresie zadania nr (...) zostało unieważnione, tworząc tym samym samoistną podstawę dla obowiązku zwrotu wadium. Biorąc pod rozwagę powyższe okoliczności Sąd Okręgowy zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 320 000 zł w punkcie I. wyroku na podstawie art. 46 ust. 1 p.z.p.

Sąd pierwszej instancji wskazał, że nawet jeśli uznać za niewystarczającą przyjętą wyżej podstawę prawną dla uznania roszczenia powoda, to posiłkować można się w tym względzie dyspozycją art. 471 k.c., a tym samym możliwością konstruowania w sprawie przesłanek odpowiedzialności kontaktowej pozwanego. Prawa i obowiązki uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą być traktowane bowiem jako swoista umowa (wyrok Sądu

Najwyższego z dnia 24 marca 2011 roku, sygn. akt I CSK 448/10, post. Sądu Najwyższego z dnia 15 czerwca 2007r., II CZP 37/07, LEX 4889947). Z chwilą złożenia oferty między zamawiającym a wykonawcą dochodzi do nawiązania stosunku o charakterze zobowiązaniowym, którego treść wypełniają przepisy p.z.p., nakładające na uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wzajemne prawa i obowiązki. Jednym z takich obowiązków, spoczywającym na zamawiającym, jest zwrot wadium w sytuacji, gdy wykonawca wykaże, że zatrzymanie wadium, było bezzasadne. W razie niewywiązania się z tego obowiązku, wykonawcy przysługuje roszczenie odszkodowawcze na podstawie art. 471 k.c. Uznając, że w następstwie zatrzymania wadium powód poniósł szkodę, wyrażającą się powstaniem długu wobec gwaranta, sąd pierwszej instancji uznał za podstawę prawną dochodzonego roszczenia także w art. 471 k.c. w zw. z art. 46 ust. 4a in fine p.z.p. Sąd Najwyższy wprost w uzasadnieniu wyroku z dnia 24 marca 2011 roku wskazał, że nie można wykluczyć konstruowania roszczeń na podstawie art. 471 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p. skoro określone prawa i obowiązki uczestników postępowania w sprawie zamówień publicznych traktowane być mogą jako swoista umowa. Przyjąć zatem należy, że istnienie tzw. umowy przetargowej ma i ten skutek, że wyznacza także reżim prawny dla oceny roszczeń stron wynikłych na jej tle. Z tego też względu przy ocenie roszczeń o zwrot wadium nie ma potrzeby odwoływania się do instytucji bezpodstawnego wzbogacenia, stosowanej tam, gdzie u podstaw uzyskania korzyści nie leży czynność prawna, ani przepis ustawy.

Roszczenie o zwrot wadium jest roszczeniem bezterminowym. Zgodnie z art. 455 k.c. jeżeli termin spełnienia świadczenia nie jest oznaczony ani nie wynika z właściwości zobowiązania, świadczenie powinno być spełnione niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania. Dla powstania skutków prawnych z art. 455 k.c. nie jest koniecznym, aby wierzyciel obok wezwania do zapłaty dokładnie oznaczył termin, w którym owa zapłata ma nastąpić. Termin ten wynika bowiem wprost z art. 455 k.c., czyli niezwłocznie po wezwaniu dłużnika do wykonania (K. Korzan, Głosa do uchwały SN z dnia 19 maja 1992 r., III CZP 56/92, OSP 1994, z. 3, poz. 48).

Za niezwłoczny termin spełnienia świadczenia, jeżeli z okoliczności sprawy nie wynika nic innego, sąd pierwszej instancji uznał spełnienie go w terminie 14 dni od wezwania. W tym aspekcie Sąd Okręgowy podzielił stanowisko Sądu Najwyższego zawarte w wyroku z dnia 28 maja 1991 roku w sprawie o sygn. akt II CR 623/90. Wezwanie dłużnika przez wierzyciela do wykonania zobowiązania przekształca dotychczasowe zobowiązanie bezterminowe w zobowiązanie terminowe (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 25 kwietnia 2013 roku, sygn. akt I ACa 283/13).

Pismem z dnia 16 października 2015 roku powód wezwał pozwanego do zwrotu wadium bez określenia terminu. Pismo doręczono pozwanemu w dniu 22 października 2015 roku (kopia potwierdzenia nadania przesyłki k.51). Termin zapłaty upływał zatem w dniu 5 listopada 2015 roku. Odsetki ustawowe należą się zatem od dnia 6 listopada 2015 roku. Od dnia 1 stycznia 2016 roku do dnia zapłaty zasądzono odsetki w wysokości ustawowej za opóźnienie (punkt I. wyroku). W konsekwencji Sąd Okręgowy oddalił powództwo w części dotyczącej zasądzenia odsetek ustawowych od dnia 17 października 2015 roku w punkcie II. wyroku.

O kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. w zw. z art. 108 § 1 k.p.c., zasądzając od przegrywającego pozwanego na rzecz wygrywającego powoda wynagrodzenie radcy prawnego ustalone na poziomie stawki minimalnej (punkt III. wyroku). W skład zasądzonych kosztów wchodzi: opłata od pozwu (16.000 zł), opłata skarbową od pełnomocnictwa (17 zł), wynagrodzenie radcy prawnego (14.400 zł; § 2 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych; stawka obowiązująca do dnia 27 października 2016 roku).

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie z dnia 21 lipca 2017 r. wniósł pozwany Skarb Państwa - Komendant (...) Bazy Logistycznej w W. zaskarżając to orzeczenie w części, tj. w punkcie pierwszym oraz w punkcie trzecim.

Zaskarżonemu wyrokowi skarżący zarzucił:

1. brak ustaleń faktycznych w zakresie okoliczności i podstaw przelania przez Powoda na rachunek gwaranta - (...) S.A. w W. kwoty 320 000 złotych w dniu 10 listopada 2015 r., w tym brak ustaleń co do przymusowej lub dobrowolnej zapłaty tej kwoty;

2. sprzeczność ustaleń faktycznych ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym polegającą na ustaleniu, że przyczyną niepodpisania przez powoda umowy było to, że termin przewidziany dla powoda na wykonanie zamówienia przekroczył maksymalny termin jego wykonania przewidziany w ofercie (75 dni), co czyniło zawarcie umowy na warunkach określonych w ofercie niemożliwym, a nadto zawarcie przez powoda umowy w tych warunkach implikowało niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy sankcjonowane karami umownymi, podczas gdy z okoliczności faktycznych (sekwencji i chronologii zdarzeń) wynika, że przyczyną niepodpisania umowy przez powoda była utrata możliwości uzyskania (nieuzyskanie) aktualnego zaświadczenia Wojskowego Ośrodka (...) potwierdzającego, że oferowany przez powoda przedmiot zamówienia odpowiada określonym przez Zamawiającego specyfikacjom technicznym;

3. naruszenie przepisów postępowania, które miało wpływ na jego wynik, tj. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego oraz dowolną, nie zaś swobodną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności sprzeczną z zasadami logiki i doświadczenia życiowego oceną dowodów w tym zeznań świadków i strony pozwanej oraz dokumentów w postaci: pisma powódki z dnia 15 września 2015 r. do Wojskowego Ośrodka (...), pisma Powódki z dnia 25 września 2015 r. do Zamawiającego w przedmiocie podania rozmiarów, w jakich mają zostać wykonane przedmiotowe ubrania, pism Wojskowego Ośrodka (...) z dnia 24 września 2015 r. i z dnia 30 września 2015 r. kierowanych do powódki, pisma Zamawiającego z dnia 12 października 2015 r. z którego wynika, że w dniu 28 września 2015 r. powódka złożyła oryginał gwarancji Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy, pisma zamawiającego z dnia 28 września 2015 r. oraz pisma powódki z dnia 1 października 2015 r. poprzez uznanie, że z dokumentów tych nie wynika, że stanowisko pozwanej w przedmiocie możliwości zawarcia umowy i wykonania przedmiotu zamówienia w terminie krótszym niż 75 dni uległo radykalnej zmianie po otrzymaniu przez powódkę pisma Wojskowego Ośrodka (...) z dnia 30 września 2015 r. informującego o odstąpieniu od dokonania oceny;

4. zarzucam naruszenie przepisów prawa materialnego, a w szczególności naruszenie:

1) art. 46 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. tj. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) poprzez niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że zamawiający (pозwany) zobowiązany był zwrócić wykonawcy (powodowi) wadium,

2) art. 46 ust. 5 pkt 1 i 3 prawo zamówień publicznych poprzez niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że w niniejszej sprawie nie zaistniały przesłanki zatrzymania wadium z uwagi na to, że wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie oraz zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, art. 471 k.c. w związku z art. 46 ust. 4a in fine poprzez uznanie, że powódka wykazała wszystkie przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej kontraktowej pozwanego,

3) art. 65 § 1 i § 2 k.c. poprzez błędną wykładnię Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) - punkt II. 1.5. SIWZ oraz oferty powoda w zakresie, w jakim dotyczyła terminu wykonania zamówienia.

W oparciu o powyższe zarzuty skarżący wniósł o:

1) zmianę zaskarżonego wyroku w części, tj. w punkcie pierwszym poprzez oddalenie powództwa w całości, tj. również w części dotyczącej kwoty 320 000 złotych wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 6 listopada 2015 r. do dnia 31 grudnia 2015 r., a od dnia 1 stycznia 2016 r. do dnia zapłaty z odsetkami w ustawowej wysokości za opóźnienie; w punkcie trzecim poprzez zasądzenie od powoda na rzecz Skarbu Państwa kosztów postępowania, w tym na rzecz Skarbu Państwa - Prokuraturii Generalnej kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych;

2) zasądzenie od powoda na rzecz Skarbu Państwa - Prokuraturii Generalnej kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym według norm przepisanych, ewentualnie uchylenie zaskarżonego w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu Warszawa - Praga w Warszawie wraz z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania za obie instancje.

Powódka wniosła o oddalenie apelacji Skarbu Państwa - Komendanta (...) Bazy Logistycznej w W. jako całkowicie bezzasadnej i zasądzenie od pozwanego na rzecz powódki kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym - według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja pozwanego Skarbu Państwa jako bezzasadna podlegała oddaleniu.

Zgodnie z art. 382 k.p.c. sąd drugiej instancji orzeka na podstawie materiału zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym. Z regulacji tej wynika, że postępowanie apelacyjne polega na merytorycznym rozpoznaniu sprawy. Oznacza to z kolei, że wyrok sądu drugiej instancji musi opierać się na jego własnych ustaleniach faktycznych i prawnych poprzedzonych ponowną oceną materiału procesowego. Wykonując ten obowiązek Sąd Apelacyjny dokonał własnej oceny przedstawionego pod osąd materiału procesowego i w jej wyniku stwierdził, że Sąd Okręgowy w sposób prawidłowy przeprowadził postępowanie dowodowe, a poczynione ustalenia faktyczne (zawarte w wyodrębnionej redakcyjnie części uzasadnienia zaskarżonego wyroku) nie są wadliwe i znajdują odzwierciedlenie w treści przedstawionych w sprawie dowodów. Sąd odwoławczy przedstawione szczegółowo wyżej ustalenia Sądu Okręgowego czyni częścią uzasadnienia własnego wyroku, nie znajdując potrzeby ponownego ich przytaczania w tej części uzasadnienia.

W tym miejscu należy podkreślić, że Sąd Okręgowy poczynił w sprawie prawidłowe ustalenia faktyczne, które mają oparcie w materiale dowodowym, ocenionym przez ten sąd bez naruszenia zasad wynikających z art. 233 § 1 k.p.c.

Niezasadny tym samym okazał się zarzut braku ustaleń faktycznych istotnych z punktu widzenia rozstrzygnięcia sprawy oraz sprzeczności istotnych ustaleń sądu z treścią zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego i dowolnej, a także wadliwej oceny tego materiału. Obalenie poczynionych przez Sąd Okręgowy ustaleń wymagało wykazania przez pozwanego, że doszło przy tym do naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. Skuteczne postawienie zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie może jednak polegać li tylko na przedstawieniu przez stronę skarżącą stanu faktycznego, ustalonego przez nią na podstawie własnego przekonania, lecz konieczne jest wykazanie, że Sąd uchybił regułom logicznego rozumowania i zasadom doświadczenia życiowego.

Skarżący zarzucał, że sąd pierwszej instancji nie dokonał żadnych ustaleń w przedmiocie okoliczności i podstaw dokonania przez powoda przelewu kwoty 320 000 zł na rachunek gwaranta, a także twierdził, że dopuszczenie dowodu z dokumentu przelewu po otwarciu zamkniętej rozprawy na nowo, nastąpiło z obrażą art. 217 § 1 k.p.c. w zw. z art. 207 § 6 k.p.c. będąc spóźnionym działaniem procesowym powoda, który tego rodzaju twierdzenie oraz dowody na jego poparcie mógł i powinien powołać już w pozwie.

Powód zgłosił w pozwie żądanie zwrotu zatrzymanego wadium wskazując w podstawie faktycznej powództwa nakreślonej w uzasadnieniu pozwu i popartej dowodami z dokumentów stanowiących załączniki do tego kwalifikowanego pisma procesowego, że pozwany bezpodstawnie odmówił powodowi zwrotu wadium złożonego w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Powód powołał się na pismo Skarbu Państwa z dnia 10 listopada 2015 roku, z którego wynika, że zamawiający przekazał tego dnia kwotę 320 000 zł. tytułem zatrzymanego wadium na dochody budżetowe Skarbu Państwa (k. 5; 56). W odpowiedzi na pozew pozwany wnosząc o oddalenie powództwa odniósł się do twierdzeń powoda, jednak nie twierdził, iż nie skorzystał z gwarancji ubezpieczeniowej, co dawało podstawę sądzić, że bezsporna pomiędzy stronami pozostaje okoliczność skorzystania przez pozwanego z gwarancji i uzyskania świadczenia w kwocie 320 000 zł. od gwaranta w celu zatrzymania wadium w formie pieniężnej. Dopiero w załączniku do protokołu rozprawy z dnia 19 maja 2017 roku, po której zamknięciu sąd odroczył ogłoszenie orzeczenia, pozwany

postawił zarzut niewykazania, że powód został obciążony kosztami zatrzymanego wadium, i że wskutek zatrzymania wadium poniosła szkodę w dochodzonej wysokości (k. 325).

Sąd pierwszej instancji mocą postanowienia z dnia 02 czerwca 2017 roku otworzył zamkniętą rozprawę na nowo zobowiązując powoda do sprecyzowania, z jakiego tytułu dochodzi kwoty 320 000 zł, w szczególności, czy jest to roszczenie wynikające z art. 471 k.c., a jeśli tak, do wskazania, czy kwota ta została uiszczona na rzecz gwaranta, czy też roszczenie wynika z art. 410 § 2 k.c. w zw. z art. 405 k.c. Sąd określił powodowi 14-dniowy termin na wykonanie zarządzenia opatrując je rygorem zawieszenia postępowania (k. 338). Na żądanie Sądu zatem składając pismo procesowe z zachowaniem wyznaczonego terminu wyjaśnił, że podstawę prawną roszczenia o zwrot wadium jest art. 46 ust. 1 p.z.p., a gdyby ta regulacja okazała się niekompletna również art. 471 k.c. ewentualnie art. 410 § 2 k.c. w zw. z art. 405 k.c. Powód wyjaśniając rozbieżność podstaw prawnych dochodzonego roszczenia powołał się na niejednolitość orzecznictwa sądów powszechnych i Sądu Najwyższego w tej materii, a jednocześnie podkreślił obowiązek sądu płynący z zasady wyrażonej łacińską paremią *da mihi factum, dabo tibi ius* (k. 342-348).

W opisanych okolicznościach nie sposób uznać, aby przedstawienie dowodu w postaci dokumentu przelewu kwoty 320 000 zł przez powoda na rzecz gwaranta nastąpiło w warunkach spóźnienia i naruszenia reguł wynikających z treści art. 217 § 1 k.p.c. w zw. z art. 207 § 6 k.p.c. Zgłoszenie wniosku dowodowego w sytuacji otwarcia rozprawy na nowo wskutek decyzji sądu i wykonania zarządzenia, z którego wprost wynika żądanie przedstawienia takiego dokumentu, nie może zostać uznane za naruszające wskazane przepisy procesowe. Prekluzja dowodowa w procesie cywilnym jest ukształtowana w taki sposób, że nawet dowód spóźniony może zostać dopuszczony przez sąd orzekający, jeżeli nie spowoduje to zwłoki w rozpoznaniu sprawy, tym bardziej więc spóźnionym dowodem nie może być ten, którego złożenia zażądał od strony sąd. Przy wykładni przepisu art. 207 § 6 k.p.c. trzeba mieć na względzie treść art. 217 § 1 k.p.c. dającego prawo stronie do przytaczania okoliczności faktycznych i dowodów na uzasadnienie swoich wniosków lub dla odparcia wniosków i twierdzeń strony przeciwnej aż do zamknięcia rozprawy. W tym świetle art. 207 § 6 k.p.c. stanowi wyjątek od ogólnej zasady, co powoduje, że należy go stosować wyłącznie w ściśle określonych wypadkach, których dotyczy. Godzi się także zauważyć, że przepisy procesowe nie nakładają na powoda obowiązku, na etapie wniesienia pozwu, przewidywania hipotetycznych sposobów obrony strony przeciwnej i zgłaszania dowodów "na wszelki wypadek". Stosowanie przepisów art. 207 § 6 k.p.c. w przedmiocie dopuszczenia dowodów nie może być restrykcyjne i nie może skutkować wypaczeniem istoty wymiaru sprawiedliwości, lecz przede wszystkim ma zapewnić sprawność postępowania, a taka sytuacja mogłaby wystąpić w sprawie, gdyby uznać rację skarżącego (tak w wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 04 lipca 2018 roku, I ACa 1276/17, LEX nr 2553165).

Zarzut skarżącego zasadzający się na twierdzeniu o braku ustaleń co do okoliczności i podstaw dokonania przez powoda przelewu kwoty 320 000 zł na rachunek gwaranta ocenić należy jako chybiony, ponieważ z punktu widzenia treści art. 227 k.p.c. istotne jest jedynie to, że pozwany skorzystał z uprawnień przysługujących mu jako beneficjentowi gwarancji i wezwał gwaranta do spełnienia świadczenia wskazując na zajście zdarzenia skutkującego zatrzymaniem wadium, a zatem, że w jego rękach ostatecznie pozostała kwota 320 000 zł, a nie dokument gwarancji oraz to, że powód zwrócił gwarantowi tę sumę, co oznacza, że zyskał roszczenie o zwrot wadium w stosunku do tego, kto je zatrzymał, czyli do pozwanego.

Kluczowe w tej sytuacji znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu miała kwestia legalności zatrzymania przez zamawiającego wniesionego przez powoda - w formie gwarancji ubezpieczeniowej - wadium na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 1 oraz 3 p.z.p. W tej mierze pozwany podniósł procesowy zarzut sprzeczności ustaleń faktycznych ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym polegającej na ustaleniu, że przyczyną niepodpisania przez powoda umowy było to, że termin przewidziany dla powoda na wykonanie zamówienia przekroczył maksymalny termin jego wykonania przewidziany w ofercie (75 dni), co czyniło zawarcie umowy na warunkach określonych w ofercie niemożliwym, a nadto zawarcie przez powoda umowy w tych warunkach implikowało niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy sankcjonowane karami umownymi, podczas gdy z okoliczności faktycznych (sekwencji i chronologii zdarzeń) wynikać ma, zdaniem skarżącego, że przyczyną niepodpisania umowy przez powoda była utrata możliwości uzyskania (nieuzyskanie) aktualnego zaświadczenia Wojskowego Ośrodka (...) potwierdzającego, że oferowany przez powoda przedmiot zamówienia odpowiada określonym przez zamawiającego specyfikacjom

technicznym. Takie wnioski wynikają, w opinii skarżącego, z prawidłowej, tzn. dokonanej z wykorzystaniem zasad logiki i doświadczenia życiowego analizy dokumentów postaci pisma powoda z dnia 15 września 2015 roku Wojskowego Ośrodka (...), pisma powoda z dnia 25 września 2015 roku do pozwanego w przedmiocie podania rozmiarów, w jakich mają zostać wykonane ubrania, pism Wojskowego Ośrodka (...) z dnia 24 września 2015 r. i z dnia 30 września 2015 r. kierowanych do Powódki, pisma zamawiającego z dnia 12 października 2015 r. z którego wynika, że w dniu 28 września 2015 r. powód złożył oryginał gwarancji Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy, pisma zamawiającego z dnia 28 września 2015 r. oraz pisma powódki z dnia 1 października 2015 r. W ocenie skarżącego jasno wynikało, że do dnia 30 września 2015 r. mimo, że na realizację przedmiotu zamówienia pozostało poniżej 75 dni (tj. pozostało 61 dni) powód nie podnosił żadnych przeszkód, które uniemożliwiłyby mu terminową realizację umowy. Co więcej w datach, kiedy do 30 listopada 2015 r. pozostało 75 dni (16.09.2015r.), 66 dni (25.09.2015 r.) lub 63 dni (28.09.2015 r.) powód podejmował czynności, które wskazywały na gotowość, zamiar i brak przeszkód dla realizacji przedmiotu umowy w terminie do dnia 30 listopada 2015 r. Do takich aktywnych działań powoda należało zarówno złożenie wniosku o wydanie zaświadczenia, którego uzyskanie było warunkiem koniecznym podpisania umowy, jak i złożenie gwarancji należytego wykonania umowy, która też była warunkiem koniecznym podpisania umowy, jak również wystąpienie do zamawiającego o podanie rozmiarów, które ewidentnie zmierzało do przygotowania powoda do wykonania przedmiotu przyszłej umowy.

Analizując przytoczone wyżej twierdzenia przez pryzmat zeznań K. D. - prezesa zarządu powodowej spółki przesłuchanego w charakterze strony uznać należy zarzut skarżącego za nie zasługujący na uwzględnienie. K. D. wyjaśnił bowiem należycie i logicznie, że powód był gotowy wykonać umowę w ciągu 75 dni określonych w złożonej ofercie, miał nawet częściowo przygotowane materiały i surowce. W czasie, który umożliwiał przedstawienie zaświadczenia o zgodności ubrań z wymaganiami zamawiającego przed zawarciem umowy, wystąpił o jego wydanie do Wojskowego Ośrodka (...) i został wezwany do usunięcia braków wniosku. Jednak wobec przedłużającej się procedury po stronie pozwanego, który poszukiwał finansowania zamówienia, a przede wszystkim wobec uzyskania odpowiedzi od zamawiającego dotyczącej rozmiarówki zamówionych ubrań ochronnych, z której wynikało, że zamiast 3 rozmiarów powód winien uszyć ubrania w 38 rozmiarach, powodowa spółka oceniła, że zawarcie umowy naraziłoby ją na ogromne straty, ponieważ w tak krótkim czasie, jaki pozostał do 30 listopada 2015 roku nie zdążyłaby zrealizować zamówienia. K. D. wyjaśnił przekonująco, że spółka wewnętrznie usunęła drobne mankamenty ubrań, co w ramach uzupełnienia braków polecił Wojskowy Ośrodek (...), jednak świadomie nie uzupełniła braków nie chcąc narażać się na koszty badań w sytuacji, gdy podjęta została decyzja o nieprzystąpieniu do podpisania umowy (k. 304v, protokół elektroniczny rozprawy z dnia 06 kwietnia 2017 roku 00:09:57-00:15:00).

Sąd Okręgowy dokonując ustalenia, że przyczyny odmowy podpisania przez powoda umowy nie leżały po stronie powoda i nie były wynikiem nieuzyskania zaświadczenia – postąpił prawidłowo nie naruszając zasad swobodnej oceny dowodów statuowanej treścią art. 233 § 1 k.p.c., co zarzucał skarżący. Zarzut ten może odnieść skutek jedynie wtedy, gdy skarżący wykaże, że doszło do rażącego naruszenia ustanowionych w tym przepisie zasad oceny wiarygodności i mocy dowodów, a nie wówczas, gdy będzie dążył jedynie do przeforsowania ustalonego przez siebie stanu faktycznego, a w konsekwencji i oceny prawnej.

Zarzuty naruszenia prawa materialnego podniesione przez apelującego Skarb Państwa są niesłuszne. Pozwany twierdził, że miał prawo zatrzymać wadium, ponieważ powód bezpodstawnie odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie.

Zgodnie z treścią art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (w brzmieniu obowiązującym w chwili zaistnienia zdarzeń będących podstawą faktyczną powództwa tekst jedn. Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.) zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie. W myśl ust. 5 pkt 3 przywołanego przepisu zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Przepisy te, jak wskazuje skarżący, mają charakter bezwzględnie obowiązujący. Jednak wbrew tezie lansowanej w sporze przez pozwanego Skarb Państwa, nie ziściły się przesłanki zatrzymania wadium,

o których mowa w przywołanych regulacjach, ponieważ – co słusznie uwypuklił sąd pierwszej instancji, w chwili zaproszenia powoda do zawarcia umowy nie istniały już warunki określone w złożonej ofercie. Istotnym kryterium z punktu widzenia wyboru oferty najkorzystniejszej według zamawiającego była cena (90%) oraz termin realizacji zamówienia (10%), który im był w ofercie krótszy, tym wyżej oferta mogła zostać oceniona. Dodatkowo zamawiający uściślił, że zamówienie winno zostać zrealizowane najpóźniej do 30 listopada 2015 roku. Oferta powoda była najkorzystniejsza nie tylko cenowo, ale właśnie również pod względem zaoferowanego czasu realizacji zamówienia, który spółka określiła na 75 dni. W tej sytuacji, aby można mówić o obowiązku podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie i ewentualnie bezpodstawności odmowy podpisania umowy, oprócz ceny powinna zostać w niej zagwarantowana możliwość wykonania zamówienia w zaoferowanym 75-dniowym terminie, jednak nie później niż do 30 listopada 2015 roku. Nie można zatem uznać, że zaproszenie do podpisania umowy w dniu 2 października 2015 roku mogło doprowadzić do podpisania umowy z uwzględnieniem warunków dotyczących terminu realizacji zamówienia, a zawartych w złożonej przez powoda ofercie. Bez wątplenia przy tym moment, w którym miałyby dojść do podpisania umowy został oznaczony przez pozwanego Skarb Państwa, a powód nie miał na to żadnego wpływu. To, z jakich przyczyn pozwany wyznaczył termin na podpisanie umowy, który nie pozwalał na uwzględnienie warunków zawartych w ofercie w zakresie terminu realizacji zamówienia, jest nieistotne, z punktu widzenia możliwości zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 1 p.z.p. ważne jest tylko to, że w efekcie takiego działania zamawiającego w dacie, w której pozwany zamierzał podpisać umowę z powodem, nie mogły one być dochowane. To uzasadnia twierdzenie o braku po stronie zamawiającego podstawy do zatrzymania wadium w oparciu o wskazany przepis.

Argument pozwanego dotyczący 90-dniowego okresu związania powoda ofertą jest o tyle chybiony, że powód wskazał w ofercie krótszy termin realizacji zamówienia, niż czas związania ofertą, co przekonuje, że to postanowienie miało charakter wzorca nieprzystającego do realiów sprawy zwłaszcza w sytuacji, gdy pozwany rozstrzygnął przetarg na korzyść powoda dopiero 6 września 2015 roku. Związanie ofertą przez okres 90 dni wobec ostatecznego terminu realizacji zamówienia ustalonego przez zamawiającego na 30 listopada 2015 roku wskazuje wyraźnie na nieprzystawanie tego wymogu do realiów postępowania przetargowego w tej sprawie.

Podstawy do zatrzymania wadium nie stanowi również art. 46 ust. 5 pkt 3 p.z.p., ponieważ do zawarcia umowy nie doszło z przyczyn nie leżących po stronie powoda, lecz to pozwany doprowadził do sytuacji, w której dochowanie terminu realizacji umowy przez powoda byłoby niemożliwe, skoro wybierając ofertę powoda miał świadomość, że powód oferuje swoje usługi pod warunkiem możliwości wykonania zamówienia w ciągu 75 dni, który to termin był możliwy do dochowania, gdyby umowę zawarto niezwłocznie po ogłoszeniu wyników i wyborze oferty powoda jako najkorzystniejszej, co nastąpiło 9 września 2015 roku. W takiej sytuacji dochowany byłby również termin określony datą końcową – 30 listopada 2015 roku. To jednak pozwany zwlekał z podpisaniem umowy i dopiero na 2 października wyznaczył termin zawarcia kontraktu. Podejmowanie przez powoda działań zmierzających do realizacji zamówienia przed podpisaniem umowy, o których wspomina apelant (złożenie wniosku do (...) Instytutu (...), złożenie dokumentu gwarancji, zapytanie o rozmiarówki) wskazuje tylko na lojalne postępowanie powoda, który miał zamiar podpisać umowę, jednak wobec wskazania tak późnego momentu podpisania umowy przez pozwanego w powiązaniu z faktem zamówienia aż 38 różnych rozmiarów ubrań, czego wcześniej nie podawano – powód dbając o swoją kondycję finansową – podjął trudną, ale usprawiedliwioną treścią art. 46 ust. 5 pkt 1 p.z.p. decyzję o odmowie podpisania umowy, skoro w dacie zaproponowanej przez zamawiającego na podpisanie umowy niemożliwe było utrzymanie 75-dniowego okresu realizacji zamówienia, co oznaczało niemożliwość podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie. Tym samym zarzut naruszenia art. 65 § 1 i 2 k.c. uznać należy za nietrafny. Sąd pierwszej instancji właściwie wyłożył postanowienie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w aspekcie terminu wykonania zamówienia i prawidłowo skonstatował, że w dniu 2 października 2015 roku umowa nie mogła zostać zawarta na warunkach określonych w ofercie, więc powód miał prawo odmówić podpisania takiej umowy.

Argument skarżącego, że powód nie przedstawił wymaganego zaświadczenia Komendanta (...) przed zawarciem umowy nie przekonuje sądu odwoławczego, ponieważ powód poinformował pozwanego o odmowie podpisania umowy przed uzyskaniem informacji o pozostawieniu jego wniosku bez rozpoznania, a ponadto w tym czasie termin do uzupełnienia braków jeszcze nie minął. Wreszcie, co najistotniejsze, przekonujące było zeznanie K. D., który podał,

że powód świadomie zrezygnował z uzupełnienia braków wniosku, by nie narażać spółki na koszty pokrycia badań w sytuacji, gdy podjęta została decyzja o odmowie podpisania umowy z uwagi na niemożliwość wykonania zamówienia w krótszym niż oferowany czasie – zamówienia obejmującego aż 38 różnych rozmiarów ubrań.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, skoro nie wystąpiły przesłanki do zatrzymania wadium określone w powołanych przepisach, kwota 320 000 zł podlega zwrotowi, dlatego prawidłowo zasądził ją sąd pierwszej instancji. W przekonaniu Sądu zwrot wadium jest obowiązkiem zamawiającego w każdej sytuacji poza przypadkami jego zatrzymania wskazanymi w przepisach p.z.p. Dostrzegając różne wypowiedzi judykatury dotyczące ewentualnej podstawy prawnej roszczenia o zwrot wadium należy podkreślić, że wobec precyzyjnych zapisów p.z.p. regulujących kwestię zwrotu i zatrzymania wadium nie ma potrzeby poszukiwania podstawy prawnej zwrotu tego świadczenia w przepisach kodeksu cywilnego normujących problematykę bezpodstawnego wzbogacenia, czy jego szczególnej postaci – nienależnego świadczenia (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2011 r., II CSK 675/10, LEX nr 951295; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2012 r. II CSK 491/11, LEX nr 1238084; choć należy podkreślić, że w wyrokach tych bliżej nie analizowano kwestii bezpodstawnego wzbogacenia, czy nienależnego świadczenia, jako podstaw prawnych żądania zwrotu wadium). Nie ma też potrzeby odwoływania się do reguł rządzących odpowiedzialnością kontraktową (art. 471 k.c.), dlatego zarzuty naruszenia tego ostatniego przepisu zawarte w apelacji należy uznać za chybione (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 2011 r., I CSK 448/10, nie publ.).

Powód w pozwie domagał się „zwrotu wadium”, skoro zatem nie wystąpiły przesłanki wynikające z p.z.p. uprawniające zamawiającego do jego zatrzymania, to podlega ono zwrotowi. Fakt, iż powód złożył pozwanemu wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej nie może skutkować oddaleniem powództwa, jeżeli – co bezsporne – pozwany skorzystał z gwarancji i uzyskał od gwaranta świadczenie w pieniądzu. Uznać należy, że pobrał od powoda wadium w pieniądzu. Jest więc zobowiązany do jego zwrotu, ponieważ powód udowodnił, że przekazał taką kwotę gwarantowi. Nie mają – co już wyżej wskazano – znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności tego zwrotu, w szczególności, czy nastąpiło to dobrowolnie, czy pod przymusem.

Ze względu na brak odrębnej regulacji ustawowej - ustawa z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (ówcześnie tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 1844 z późn. zm.) poprzestaje w zasadzie na uwzględnieniu umowy gwarancji ubezpieczeniowej w katalogu czynności ubezpieczeniowych (art. 4 ust. 7 pkt 1 i 2) - należy uznać, że w tym względzie co do zasady miarodajne są reguły dotyczące ustawowo uregulowanej gwarancji bankowej (por. też wyroki Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09, OSNC 2010, Nr 11, poz. 146; z dnia 14 kwietnia 2016 r., II CSK 388/15, nie publ.). Nawiązując zatem do dorobku powstałego na gruncie art. 81 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Prawo bankowe (ówcześnie tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 128 z późn. zm.; dalej także: p.b.), można wskazać, że gwarancja ubezpieczeniowa jest jednostronnym zobowiązaniem ubezpieczyciela-gwaranta, że po ziszczeniu się określonych w nim "warunków", które mogą być stwierdzone określonymi dokumentami, jakie beneficjent gwarancji załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, ubezpieczyciel ten spełni świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji. Tak ukształtowane zobowiązanie gwaranta ma charakter nieakcesoryjny, co oznacza, że gwarant nie może powołać się na zarzuty wynikające z innego stosunku prawnego niż gwarancyjny, a więc np. przysługujące dłużnikowi względem wierzyciela (beneficjenta gwarancji) lub przysługujące gwarantowi względem zleceniodawcy udzielenia gwarancji (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09, OSNC 2010, Nr 11, poz. 146, z dnia 27 marca 2013 r., I CSK 630/12, nie publ., z dnia 6 marca 2015 r., III CSK 155/14, OSNC 2016, Nr 3, poz. 33, z dnia 14 kwietnia 2016 r., II CSK 388/15). Wynika to już z zasady względności zobowiązania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09), znajduje potwierdzenie w art. 87 p.b. i legło u podstaw nowelizacji art. 82 p.b. z dnia 1 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy - Prawo bankowe oraz o zmianie innych ustaw (Dz. U. Nr 91, poz. 870; por. uzasadnienie projektu nowelizacji Sejm IV kadencji, druk nr 2116; por. też art. 5a zd. 1 Jednolitych Reguł dla Gwarancji Płatnych na Żądanie - Uniform Rules for Demand Guarantees - przyjętych przez Międzynarodową Izbę Handlową w dniu 3 grudnia 2009 r., Publikacja MIH nr 758). Tym niemniej, korzystając ze swobody umów (art. 353¹ k.c.) strony mogą ukształtować przesłanki powstania zobowiązania gwaranta na różne sposoby (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09 oraz z dnia 27 marca 2013 r., I CSK 630/12). Mogą zatem postanowić, że zobowiązanie gwaranta aktualizować się będzie tylko w razie

spełnienia materialnych "warunków" zapłaty - rzeczywistego wystąpienia wypadku gwarancyjnego - np. niewykonania lub nienależytego wykonania zabezpieczonego zobowiązania, co podlega dowodzeniu na zasadach ogólnych i zakłada, iż zobowiązanie to istniało, zaktualizowały się przesłanki jego wymagalności oraz nie zostało wykonane (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09 oraz z dnia 27 marca 2013 r., I CSK 630/12). Strony mogą też postanowić, że zobowiązanie gwaranta zaktualizuje się już w razie przedstawienia gwarantowi dokumentów - ściśle określonych w treści gwarancji - "stwierdzających" spełnienie "warunków" zapłaty (tzw. gwarancja dokumentowa). Nie zależy ono wówczas bezpośrednio od ziszczenia się jakichkolwiek przesłanek ("warunków") materialnoprawnych, leżących poza stosunkiem gwarancji. W przypadku zaś cieszącej się szczególną popularnością w obrocie gwarancji "bezwarunkowej" i "na pierwsze żądanie" strony uzależniają zazwyczaj ciężący na gwarancie obowiązek zapłaty jedynie od skierowania doń przez beneficjenta żądania zapłaty ewentualnie połączonego z jego oświadczeniem, że zabezpieczone zobowiązanie nie zostało wykonane przez dłużnika.

Ustalenie wynikającego z treści gwarancji stopnia zależności między zobowiązaniem gwaranta a istnieniem (ważnością), treścią i zdarzeniami (zwłaszcza niewykonaniem zobowiązania) dotyczącymi zabezpieczonego zobowiązania jest kwestią wykładni oświadczeń woli stron umowy gwarancji (art. 65 k.c.), uwzględniającej cały ich kontekst w aspekcie treści, jak i okoliczności, w których zostały złożone (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 2013 r., IV CSK 569/12, nie publ., z dnia 29 listopada 2013 r., I CSK 90/13, OSNC-ZD 2015, Nr 1, poz. 12). Samo posłużenie się zwyczajową formułą gwarancji "bezwarunkowej" i "na pierwsze żądanie" - jakkolwiek stanowiące bardzo ważną wskazówkę co do woli stron (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09) - nie ma jeszcze znaczenia przesądzającego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2013 r., I CSK 630/12). Z drugiej strony, samo nawiązanie w treści gwarancji - co jest sytuacją typową - do stosunku prawnego, z którego ma wynikać zabezpieczone zobowiązanie, nie przesądza o pośredniej (za pośrednictwem zarzutów opartych na treści gwarancji) "akcesoryjności" zobowiązania gwaranta (por. art. 5.A zd. 2 Jednolitych Reguł dla Gwarancji Płatnych na Żądanie; art. 1V.G. - 3:101 (1) Draft Common Frame of Reference). Cel gwarancji, którym jest udzielenie zabezpieczenia wierzycielowi (beneficjentowi gwarancji - por. art. 82 p.b.) na wypadek, gdyby dłużnik nie wykonał określonego obowiązku, może być realizowany zarówno przez zabezpieczenia akcesoryjne (np. poręczenie), jak i nieakcesoryjne. W przypadku nieakcesoryjnej gwarancji sama przez się okoliczność, że świadczenie gwaranta nie zrealizuje celu zabezpieczenia (np. zabezpieczone zobowiązanie było nieważne albo jego podstawa odpadła) nie dezaktualizuje jego zobowiązania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 marca 2015 r., III CSK 155/14) i ma w zasadzie tylko to znaczenie, że czyni zapłatę nienależną w relacji między dłużnikiem, a beneficjentem gwarancji (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09 oraz z dnia 14 kwietnia 2016 r., II CSK 307/15, nie publ.). Gwarancja ma zwykle stwarzać zabezpieczenie pewne i szybkie w realizacji, a celowi temu sprzeciwiałoby się wnikanie stron stosunku gwarancji w spór co do istnienia, ważności i kwestii niewykonania zabezpieczonego zobowiązania. Tylko w wyjątkowych przypadkach - zwłaszcza wtedy, gdy niecelowość zapłaty jest oczywista (np. dłużnik poinformował gwaranta i wykazał dokumentem, że zabezpieczone zobowiązanie wygasło wskutek zapłaty albo że umowa, z której wynikało to zobowiązanie, została rozwiązana) albo doszło do zmywy zainteresowanych - "bezcelowość" świadczenia gwaranta może uzasadniać powołanie się przezeń względem beneficjenta na zarzut nadużycia prawa (por. uchwałę pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94, OSNC 1995, Nr 10, poz. 135; wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09, z dnia 14 kwietnia 2016 r., II CSK 307/15, z dnia 14 kwietnia 2016 r., II CSK 388/15).

W okolicznościach sprawy pozwany skorzystał z gwarancji składając oświadczenie, że zaistniała jedna z okoliczności określonych w § 1 ust. 2 stanowiących w istocie odzwierciedlenie przepisu art. 46 ust. 5 pkt 1, 2 i 3 p.z.p. Zobowiązanie gwaranta było nieodwołalne i bezwarunkowe, o czym świadczy treść § 2 ust. 1 gwarancji (k. 33). Gwarant nie miał więc możliwości odmowy spełnienia świadczenia na rzecz pozwanego beneficjenta gwarancji i badania, czy wystąpiły przesłanki opisane w § 1 ust. 2 gwarancji. Powód twierdząc, że nie było podstaw do zatrzymania wadium mógł jedynie zwrócić gwarantowi kwotę wadium i dochodzić jego zwrotu od pozwanego.

W ocenie Sądu Apelacyjnego samodzielną i niezależną podstawę prawną od wyżej podanej roszczenia powoda stanowi przepis art. 46 ust. 1 p.z.p., na co trafnie zwrócił uwagę sąd pierwszej instancji.

Zgodnie z treścią tego przepisu zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a. Użycie w przywołanym przepisie alternatywy łącznej (lub) wskazuje, że zwrot wadium następuje, jeżeli doszło do unieważnienia postępowania niezależnie od tego, że uprzednio dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej (w takim wypadku nie zwraca się wadium temu wykonawcy z zastrzeżeniem ust. 4a). Niezaprzeczalnie, ostatecznie pozwany zamawiający unieważnił postępowanie przetargowe, w którym oferta powoda wybrana została jako najkorzystniejsza, co oznacza, że jest zobowiązany do zwrotu wadium, które pobrał.

Uznając zatem, że wyrok odpowiada prawu – apelację należało oddalić na podstawie art. 385 k.p.c.

Podstawę rozstrzygnięcia o kosztach procesu w postępowaniu apelacyjnym stanowiły przepisy art. 108 k.p.c. oraz art. 98 k.p.c. Kosztami tymi obciążono pozwanego jako stronę przegrywającą proces w drugiej instancji. W skład tych kosztów wchodzi zaś jedynie wynagrodzenie pełnomocnika powoda w stawce minimalnej wynikającej z § 2 pkt 7 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 1804 ze zm.) w brzmieniu obowiązującym w dacie wniesienia apelacji.

Aleksandra Kempczyńska Alicja Fronczyk Przemysław Kurzawa